XIX.

Zur Lehre von den Proceßeinreden und Einreden überhaupt.*)

Von Herrn Dr. v. Bar,
Professor zu Breslau.

Die richtige Behandlung der s. g. Proceßeinreden ist ohne Zweifel eine derjenigen Fragen, welche der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung schon öfter Schwierigkeiten bereitet haben, und es kann daher nur dankbar anerkannt werden, wenn die in der Anmerkung * bezeichnete Monographie diese Frage von Neuem in scharfsinniger Weise in Anregung bringt und zugleich die Erörterung der Einreden überhaupt, wie endlich die gegenwärtig noch im Flusse befindlichen Reformen des gesammten Civilproceßverfahrens hiermit in Verbindung zu setzen bestrebt ist — möchte auch immerhin, was wir sogleich hinzufügen dürfen, das Resultat, welches der Verfasser selbst gezogen hat, als ein richtiges nicht bezeichnet werden können.

Die von Bülow vertretene Ansicht ist aber eine vollkommen neue, von welcher Andeutungen freilich schon in einer frühern Schrift des Verfassers sich finden. [1])

Lassen wir, unter dem Vorbehalte, darauf zurückzukommen, einstweilen bei Seite, was Bülow daraus glaubt fol-

---

*) Mit besonderer Beziehung auf O. Bülow, die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen. Gießen 1868. 8. XIV u. 320 S.

1) Oscarus Bülow de praejudicialibus exceptionibus. Heidelberg 1863. Vgl. darüber A. Pernice, in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift 5 S. 413 ff.

gern zu müssen, daß der Proceß ein Rechtsverhältniß sei, so bestreitet Bülow zunächst, daß der römische Proceß überhaupt Einreden, exceptiones, welche die processualische Geltendmachung des eingeklagten Einspruchs betrafen, gekannt habe. Als solche schon im römischen Rechte vorkommende Einreden werden aber aufgeführt: 1) die exceptio procuratoria und cognitoria, 2) die exceptio rei residuae und litis dividuae, 3) die exceptio oder praescriptio fori und 4) die exceptio praejudicii.

Was nun zuerst die exceptiones procuratoriae und cognitoriae betrifft, so erklärt Bülow dieselben nach classischem römischem Proceßrechte lediglich für sachlichem Einreden. Da (vgl. insbesondere S. 57) der Proceßvertreter nicht nur die Proceßthätigkeit für die Partei, sondern das Proceßrechtsverhältniß auf die eigene Person übernahm, wie sich das besonders in der Einrichtuug der formula und des Urtheils ausprägte, so konnte von einem die Gültigkeit des Processes afficirenden Mangel des Verfahrens nicht, sondern, wenn die Vollmacht ungenügend war, nur von einem Mangel des Ueberganges des Rechtsverhältnisses auf den Vertreter die Rede sein; es stand mithin gerade so, als wenn heut zu Tage Jemand als Cessionar einen ungültigen Cessionsact geltend zu machen versucht: der Proceß wird nicht etwa sistirt, sondern das Urtheil spricht aus, daß Kläger den Uebergang des geltend gemachten Rechts auf Kläger nicht bewiesen habe: die Einrede des Beklagten war eine reine Sachlegitimationseinrede. Diese seit den Ausführungen v. Bethmann-Hollweg's [2]) feststehende Wahrheit weist dann Bülow als auch auf den Fall zutreffend nach, wo nicht der Act der Vollmacht selbst, sondern die Fähigkeit, solche Vollmacht zu geben und bezw. anzunehmen, von der Gegenseite bestritten wurde. Auch die exceptio cognitoria — und im Falle der Bestellung eines cognitor

---

2) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses S. 178 ff. Bülow hat das Verdienst, diesen Punkt besonders gut hervorgehoben zu haben. Neu war er uns freilich nicht. Vgl. krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgbg. u. Rechtsw. 1868. S. 496 Anm. 47.

kann von einer Unsicherheit der Vollmacht selbst nicht die Rede sein — ist eine die Sache selbst betreffende Einrede; der Mangel der Fähigkeit der Person bewirkt Ungültigkeit der Vollmacht und damit Ungültigkeit des beabsichtigten und erforderlichen Ueberganges des Proceßverhältnisses selbst. Wird also von dem Beklagten die Richtigkeit der vorgeschützten exceptio bewiesen, so wird der Proceß nicht ungültig, sondern der Vertreter der ursprünglich berechtigten Parteien verliert ihn, und zwar nach der Strenge des klassischen Rechts, da doch der Berechtigte die Sache einmal in judicium deducirt hat, mit verbindlicher Kraft selbst gegenüber dem Berechtigten.[3]

Soweit wird man mit der Deduction Bülow's vollkommen einverstanden sein müssen. Bülow (S. 72 ff.) glaubt nun aber der exceptio procuratoria, soweit sie beruht auf einem Mangel der Vollmacht, und nicht etwa auf einer Unfähigkeit der betreffenden Personen, sich vertreten zu lassen oder zu vertreten, den Charakter als einer dilatorischen Einrede für den römischen Formularproceß absprechen zu müssen, und hierin befindet er sich, wie wir meinen, im Unrechte. Es wird hier von Bülow verwechselt die Wirkung, welche die Einfügung der exceptio in die formula und ihre Anerkennung im Urtheil hat, mit derjenigen Wirkung, welche zunächst vom Beklagten beabsichtigt wird, wenn er in iure einen Mangel der Vollmacht geltend macht. Wenn die für den Kläger auftretende Partei vorsichtig und klug ist, so wird sie, falls sie dem Mangel nicht sofort abhelfen kann, z. B. durch eine bessere Vollmacht, in dem einen wie in dem andern Falle nicht zur Litiscontestation, zur Constituirung des iudicium schreiten. Das iudicium wird daher allerdings regelmäßig durch Vorschützung der Einrede differirt. Umgekehrt ist nach dem klassischen Proceßrechte jede dilatorische Einrede, wenn sie in iudicio zur Verhandlung und Anerkennung gelangt, peremptorisch, den eingeklagten Anspruch vernichtend. Einen Unterschied zwischen der exceptio, insofern sie den Mangel der Vollmacht, und der exceptio, insofern sie die Fähigkeit zur Vertretung betraf, vermö-

3) Gai. IV, 124.

gen wir hier auch nicht anzuerkennen. Freilich geht im ersten Falle der Anspruch der angeblich vertretenen Person selbst nicht verloren, wie im zweiten; es wird aber doch entschieden, daß die proceßrechtliche Geltendmachung des eingeklagten Anspruchs der wirklich im Proceß aufgetretenen Person, dem angeblichen procurator, nicht zustehe, und dies ist, wenn einmal die Proceßlegitimation als Sachlegitimation behandelt wird, doch das allein in Betracht Kommende. Wenn A als Cessionar des B klagt, und der Cessionsact nicht nachgewiesen wird, so wird dem A die Forderung gerade so aberkannt, als wenn gesagt wird, der Cessionsact liegt zwar vor, aber A war nicht fähig, die Forderung zu erwerben. Ob B nun in dem ersten, nicht aber in dem zweiten Falle später in einem andern Processe sein Recht noch geltend machen könnte, ist eine Frage, die für diesen ersten Proceß gar nicht interessirt. So haben denn unserer Ansicht nach auch sowohl §§. 10, 11 I. de exc. 4, 13:

> Temporales atque dilatoriae sunt (sc. exceptiones) quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi . . . §. 11 Praeterea etiam ex persona dilatoriae sunt exceptiones quales sunt procuratoriae, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit . . .

als L. 2 § 4. D. de except. 44, 1:

> Sane solemus dicere, quasdam exceptiones esse dilatorias, quasdam peremtorias, utputa dilatoria est exceptio, quae differt actionem, veluti procuratoria exceptio dilatoria est, nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorsus litem infitiatur, sed personam evitat
>
> und L. 3 D. eod. . . . . Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est, ne forte intra quinquennium ageretur. Procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt.

gegen Bülow (S. 73), welcher hier eine Nachlässigkeit der Redeweise annimmt, völlig Recht, wenn sie ganz allgemein und

ohne Hervorhebung jenes Unterschiedes die exceptiones procuratoriae als dilatorische Einreden bezeichnen.

Zugeben wollen wir indeß, daß factisch wohl nur Mängel der Fähigkeit die Vollmacht auszuführen oder zu ertheilen, als exceptiones procuratoriae geltend gemacht wurden, und daß deßhalb die Beispiele, welche erwähnt werden, nur auf solche Fälle sich beziehen. Denn da der procurator Caution zu leisten verbunden war, so fehlte es der Gegenpartei, welche durch diese Caution gedeckt war, an einem Interesse, es mit dem Nachweise der behaupteten Vollmacht übermäßig strenge zu nehmen, während sie allerdings z. B. ein Interesse haben konnte, nicht den Vertreter eines infamis im Processe sich gegenüber zu sehen[3a]) oder einen infamis als Proceßvertreter zuzulassen.[4]) Die juristische Natur der betreffenden Einreden wird aber durch diesen rein factischen Umstand in keiner Weise geändert, und scheint es daher, daß die Lehre von der Einrede der mangelnden Proceßvollmacht, auch was den römischen Proceß betrifft, durch Bülow eine neue Basis nicht erhalten habe.

Ebenso aber kommen die Ausführungen Bülow's (S. 77 ff.) über die exceptiones litis dividuae und rei residuae auf ein schon bekanntes und unbezweifeltes Resultat hinaus, daß nämlich der Kläger, der es unvorsichtiger Weise darauf ankommen ließ, daß der Beklagte diese Exceptionen vor dem iudex bewies, seinen Anspruch definitiv verloren habe. Es ist damit aber nicht bewiesen, daß nicht der Prätor, wenn er die Einrede ohne weitern Beweis begründet fand, die actio denegirt und den Proceß verhindert habe. Dies letztere behauptet freilich Bülow (S. 80), aber ohne irgend welchen Grund, als denjenigen, daß ohne diese Annahme seine noch später zu

---

3a) Bei der außerordentlich freien Beweiswürdigung des römischen Civilprocesses war es sicher zuweilen nicht unvortheilhaft, den iudex auf die Persönlichkeit des Gegners selbst hinzuweisen.

4) So halten wir denn auch die scharfsinnige Interpretation der L. 29 §. 4 D. 17, 1, welche von Bülow S. 43 ff. lediglich auf den Fall der mangelnden Fähigkeit des Proceßvertreters bezogen wird, für durchaus gelungen.

erörternde Ansicht über das Princip der Trennung von ius und iudicium eine Hauptstütze verlieren würde. Daraus, daß Gaius l. c. § 25 die Möglichkeit hinstellt, es könne Jemand, obiecta exceptione agere d. h. iudicium contrahere und dann den Proceß definitiv verlieren, folgt doch nicht, daß der Prätor, wenn die Thatsachen eines Beweises nicht bedürftig waren, dem Kläger nicht ohne Weiteres die actio d. h. die Einleitung des iudicium denegirt habe. Wenn man genau die Stelle ansieht, so ergibt sich, daß Gaius vielmehr gerade das Gegentheil sagt. Er betrachtet es nur als etwas selten Vorkommendes, daß Jemand, der diese Exceptionen irgend zu fürchten hat, es zum iudicium kommen lasse. Der Prätor wird kaum jemals darüber erkannt haben; denn waren die Exceptionen thatsächlich vollkommen liquide, so ließ der Kläger es im eigenen Interesse nicht zur Litiscontestation kommen, und waren die Exceptionen thatsächlich nicht liquide, so verwies nach der bis jetzt allgemein angenommenen, freilich von Bülow bekämpften Ansicht über das Princip der Theilung von ius und iudicium der Prätor die Einrede zur thatsächlichen Ermittlung in letzteres.

Daß drittens die Competenzprüfung von den Römern als eine processualische, nicht als eine das materielle Recht betreffende Frage behandelt sei, bestreitet auch Bülow nicht. Er ist aber der Ansicht, daß diese Competenzprüfung stets in iure vollständig erledigt sei, auch in den Fällen, wo dieselbe durch bestrittene thatsächliche Voraussetzungen bedingt war, daß also eine echte praescriptio oder exceptio fori nicht existirt habe. Nun wollen wir zugeben, daß, da dem Prätor eine ziemlich weitgehende Feststellung von Thatsachen nach allgemeinen Vermuthungen und Schlüssen, wie etwa dem heutigen französischen Richter, auch nach unserer Ansicht zukam, die Competenzfrage ohne Einleitung eines wirklichen Beweisverfahrens, also auch ohne iudicium sich meistens erledigte. Es giebt indeß Fälle, und besonders häufig sind sie beim forum contractus, wo die Competenzprüfung mit der Prüfung der Sache selbst zusammen fällt. Wenn der Beklagte leugnet 1) an einem bestimmten Orte Zahlung versprochen oder contrahirt zu haben,

und 2) überhaupt mit dem Kläger contrahirt zu haben, so muß ja in der Feststellung zu 1), die doch zur Competenzbegründung nöthig ist, auch die Feststellung zu 2) liegen, die doch unzweifelhaft dem iudex und nicht dem Prätor im ordentlichen Verfahren gebührt. Hätte nun der Prätor erst über den Punkt 1), der doch Punkt 2) mitumfaßt, urtheilen sollen, so hätten beide, iudex und Prätor, in die handgreiflichsten Widersprüche sich verwickeln können.

Die Beweise, welche Bülow für die Unmöglichkeit einer im iudicium vorkommenden exceptio fori vorbringt, erscheinen denn auch bei genauerer Betrachtung wenig haltbar.

1) Der Satz „Praetoris est aestimare, an sua sit iurisdictio“ (L. 5 D. de iudiciis 5, 1)[5]) bezieht nach dem Zusammenhange der Stelle sich gar nicht auf den Gegensatz von ius und iudicium, sondern darauf, daß wer vor den Prätor oder den Richter überhaupt geladen wird, erscheinen soll, wenn gleich er ein privilegium geltend machen kann, daß er vor dem Prätor nicht zu Recht zu stehen braucht. Darüber muß der Prätor zu urtheilen durch das Erscheinen des Geladenen erst in den Stand gesetzt werden.

2) Daß es in den Volksgesetzen ausdrücklich vorgesehen wurde, es solle der magistratus in den nicht zu seiner Jurisdiction gehörenden Sachen keine Klage ertheilen[6]), und daß nur in Folge der Uebereinkunft beider Parteien ein incompetenter Magistrat Recht sprechen durfte, beweist gar nicht, daß nicht ausnahmsweise auch ein iudicium mit verbindlicher Kraft von einem incompetenten Magistrate factisch angeordnet wurde. Auch im heutigen gemeinen Processe besteht der Satz, daß ein incompetenter Richter den Kläger sofort abweisen soll. Gleichwohl geschieht das Gegentheil häufig, wenn die Incom-

5) Si quis ex aliena iurisdictione ad Praetorem vocetur, debet venire, ut et Pomponius et Vindius scripserunt. Praetoris est enim aestimare, an sua sit iurisdictio, vocati autem, non contemnere auctoritatem Praetoris; nam et legati ceterique, qui revocandi domum ius habent, in ea sunt causa, ut in ius vocati veniant privilegia sua allegaturi.

6) Bülow S. 89.

petenz nicht zu Tage liegt oder zweifelhaft ist und erst durch spätere Verhandlungen klar gestellt werden kann. Eine andere Verfahrungsweise ist auch nicht denkbar, da ein.rseits bei der Competenzprüfung dem Gegner volles rechtliches Gehör gegeben werden muß, und andererseits der Kläger, wenn irgend ein Bedenken gegen die Competenz möglich ist, nicht ohne Weiteres abgewiesen werden kann. Das obige Verbot beweist also auch für den römischen Proceß nicht. Freilich konnte nun im klassischen römischen Verfahren, da der Magistrat eine weitgehende Befugniß besaß, Thatsachen auch ohne besonderes Beweisverfahren nach allgemeinen Vermuthungen festzustellen, es nur selten vorkommen, daß ein incompetenter Magistrat ein iudicium anordnete, in welchem erst hinterher sich herausstellte, daß der Magistrat incompetent war, und im römischen Formularproceß konnte allerdings nicht, wie es heut zu Tage der Fall ist, das iudicium, in welchem nachträglich sich die Incompetenz des Magistrats herausstellt, mit einer Incompetenz- und Ungültigkeitserklärung des Processes endigen, vielmehr muß nach der allgemeinen Regel, daß eine in die formula aufgenommene und von dem iudex anerkannte dilatorische Einrede die Wirksamkeit einer peremtorischen Einrede erlangt, dem Kläger der geltend gemachte Anspruch definitiv aberkannt werden: der Kläger hat, indem er die Leistung an einem andern Orte forderte, als an demjenigen, an welchem er zu klagen und folgeweise zu fordern berechtigt war, einer plurispetitio sich schuldig gemacht, also war er nach der Logik des alten Proceßrechts einfach abzuweiseu und verlor seinen Anspruch.[6a])

6a) Auch da, wo etwa die Einwendung der Incompetenz sich auf besondere, nicht mit dem materiellen Rechtsverhältniß zusammenhängende Thatsachen gründete, z. B. auf ein besonderes Privileg, würde doch die Consequenz der Logik des klassischen Processes zu demselben Resultate führen müssen, wie z. B. die exceptio rei residuae in analoger Weise zeigt. Diese Logik, wonach eine für den Handelnden unwirksame Handlung doch, insoweit sie ihm nachtheilig ist, als vorhanden angenommen wird, findet sich nicht nur im ältern römischen Processe. Auch im ältern deutschen und französischen Processe kann eine fehlerhafte, nichtige Handlung, die für den Handelnden nichts wirkt, doch von diesem nicht wiederholt

Man kann also auch, wie freilich von Bülow geschieht, den Satz „Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet“ nicht gegen die Möglichkeit einer Competenzprüfung in iudicio heranziehen, wenn auch Planck[7]) und mit ihm Bülow darin ganz Recht haben, daß factisch eine solche Competenzprüfung, insofern sie nicht mit der Prüfung des Anspruchs selbst zusammenfiel, nur höchst selten vorgekommen sein wird, und deßhalb von einer wirklichen, in die formula aufgenommenen exceptio fori in den Quellen keine Rede sein mag.[8])

Für unsere Auffassung aber, daß rechtlich die Einwendung der Incompetenz die Gestalt einer wahren Einrede einnehmen konnte, läßt sich außerdem der Sprachgebrauch der Quellen geltend machen. Die Quellen nennen doch, wie auch Bülow nicht leugnen kann, diese Einwendung „praescriptio“

---

werden: „Fauts valent exploits.“ (Vgl. insbesondere Brunner, Wort und Form im altfranzösischen Proceß 1868 S. 670. Wien Verhandlungen der K. Akademie.) So ist es auch im römischen Proceß. Eine Litiscontestation geschehen vor einem incompetenten Magistrate, sollte nach unserer Logik nichtig sein. Die Logik des ältern Rechts sagt, es lag doch eine Litiscontestation factisch vor; daß sie unwirksam ist, hat der Kläger selbst veranlaßt, indem er sie bei einem incompetenten Magistrate durchsetzte: sie gilt daher zu seinem Nachtheile.

7) Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 9. 10.

8) Wir treten Planck und Bülow S. 100 ff. darin völlig bei, daß z. B. in der L. 7 pr. D. qui satisd. cog. 2. 8 und ebenso in der L. 52 §. 3, 4 D. de iud. 5, 1 von einer in die Formel inserirten oder nothwendiger Weise zu inserirenden exceptio nicht die Rede ist. Darauf aber kommt es auch nicht an. Es genügt, um unsere Meinung aufrecht zu erhalten, daß die praescriptio fori der Stoff zu einer exceptio in der Formel werden konnte. Uebrigens ist in der L. 52 §. 3 cit. doch wohl von der Competenz und nicht lediglich von dem Erfüllungsorte die Rede. Es gilt im römischen Rechte einerseits die Regel: „Der Schuldner muß da erfüllen, wo geklagt wird“ (Wetzell, Civilproceß 2. Aufl. §. 41. Anm. 2), d. h. verklagt werden kann, und andererseits der Satz, daß jedes Klagen an einem Orte, wo der Schuldner nicht zu erfüllen braucht, eine plus petitio ist. Die Frage, wo kann man klagen (petere), ist daher immer die principale Frage, in deren Beantwortung, wenn man den glücklichen Erfolg des petere mit im Auge hat, auch die Beantwortung der zweiten Frage mitenthalten ist.

und handeln davon (im Codex) sogar unter dem Titel de exceptionibus. Sie müßten sich also mindestens sehr ungenau und nachlässig ausgedrückt haben, wenn eine solche fundamentale rechtliche Differenz zwischen dieser Einwendung und andern wirklichen Exceptionen stattgefunden hätte (vgl. L. 13 C. de exc. 8, 36). Allerdings läßt sich nicht leugnen, daß praescriptio auch in weiterer Bedeutung für Einwendungen gebraucht wird, bei denen von einer Aufnahme in die formula nicht die Rede sein kann. Das aber dürfte schon deßhalb nicht gegen unsere Ansicht beweisen, weil die Einwendung der Incompetenz thatsächlich auch bei der extraordinaria cognitio vorkommen mußte und nach dem Untergange des ordo iudiciorum der Umstand, ob eine Einwendung die Stelle einer exceptio in der formula einnehmen konnte, gleichgültig erschien.

3) Es zeigt sich daher, daß die ganze Kette von Widersinnigkeiten, welche Bülow (S. 111. 112) der herrschenden Ansicht entgegenhält, in der That gar nicht vorhanden ist. Diese Widersinnigkeiten kommen, wenn wir von einigen Wiederholungen und blosen Consequenzen absehen, im Wesentlichen auf folgende hinaus.

a) Der Beklagte, sagt Bülow, habe aller Orten, wo es dem Kläger einen Proceß anzustellen beliebte, sich auf denselben einlassen, dort vadimonium bestellen, dort die Litiscontestation vornehmen und eben da bei Meidung der Nachtheile der contumacia alle Beschwernisse der gerichtlichen Verhandlung durchmachen müssen, wo er laut der Competenzvorschriften von solcher Last befreit sein sollte. Allein zu allem diesem wurde der Beklagte doch nur gezwungeu, wenn der Magistrat die Incompetenz nicht ohne besonderes Beweisverfahren glaubte annehmen zu dürfen, und der Kläger es auf den definitiven Verlust seiner Klagansprüche ankommen lassen wollte. Heut zu Tage fehlt sogar dies letztere Schutzmittel, und doch fällt es Niemandem ein, es als einen Widersinn anzusehen, daß Jemand, der vor einem prima facie competent erscheinenden, in Wahrheit aber incompetenten Gerichte belangt wird, doch

sich wenigstens vorläufig vertheidigen muß und möglicher Weise mittelst eines förmlichen Beweisverfahrens.

b) Nicht der Gerichtsbeamte selbst habe sich über die Grenzen seines amtlichen Wirkungskreises vergewissert, sondern dies dem erst von ihm in Folge seiner bestrittenen Zuständigkeit zum Geschworenen ernannten Privatmann zur Prüfung anheimgegeben, während letzterer doch nicht einmal über seine eigene Fähigkeit erkennen durfte, sondern hierüber allein dem magistratus ein Urtheil zustand, so daß dann ein wahrer circulus inextricabilis hätte entstehen müssen, indem der iudex durch sein Incompetenzurtheil das iudicium und dadurch wieder sein Urtheil selbst für nichtig erklärt hätte.

Ein Blick auf das heutige schwurgerichtliche Verfahren dürfte aber, glauben wir, zeigen, daß hier alles dies genau — abgesehen von dem letzten, die Nichtigkeit betreffenden Zusatze — so sich verhält, und wiederum Niemand an einen Widersinn denkt und denken kann. Heutigen Tages verweisen auch die Staatsrichter den Angeklagten vor ein bestimmtes Schwurgericht, urtheilen über die Fähigkeit der Geschworenen und constituiren die Geschworenenbank. Dennoch haben sie nicht die Befugniß, die Thatsache festzusetzen, ob der Angeklagte das Verbrechen an einem bestimmten Orte begangen habe, wenn von diesem Umstande die Competenz des Gerichts und möglicher Weise die Anwendung des territorialen Strafgesetzes abhängt; sie müssen dies den Geschworenen überlassen [9]), und wenn diese die Frage verneinen, so muß hinterher ganz dasselbe eintreten, was Bülow als einen Widersinn bezeichnet, was aber gar nicht anders geht, wenn der Gerichtshof sich nicht auch die Entscheidung über die Thatfrage anmaßen will. Nur ist das Urtheil nicht nichtig, sondern enthält eine vollkommen gültige Abweisung der Anklage, welche man in der

---

9) Vgl. Oppenhof, die preuß. Gesetze über das mündliche öffentl. Verfahren in Strafsachen zum Art. 81 d. Gesetzes v. 1852. No. 26. (Ausg. v. 1860) Art. 10 daselbst Die Abweisung erfolgt hier zwar in Form der Freisprechung. Der Angeklagte ist nach den einheimischen Gesetzen straflos. Aber er könnte doch im Auslande auf das Urtheil als auf ein freisprechendes sich nicht berufen.

Sprache des Civilprocesses als „Abweisung hierorts" bezeichnen müßte: es steht nun fest, daß das Verbrechen nicht an dem fraglichen Orte begangen wurde. (Richtig würde das Urtheil nur sein, wenn es trotz dieser Feststellung den Angeklagten verurtheilen oder definitiv freisprechen wollte. Letzteres verhielt sich, wie wir gesehen, vermöge der eigenthümlichen Logik des älteren römischen Processes hier anders.)

c) Nicht der Kläger habe beweisen sollen, daß er am richtigen forum Klage erhoben habe, sondern der Beklagte, daß er am unrichtigen forum verklagt sei.

Das ist durchaus nicht widersinnig, vielmehr dem Principe rationeller Vertheilung der Beweislast entsprechend, wenn man annimmt, der Magistrat habe ein iudicium nur angeordnet, wenn prima facie die Umstände für seine Competenz sprachen. Wir werden indeß auf diesen Punkt noch unten zurückkommen.

Die Präjudicialeinrede — „Per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet" — [9a]) endlich betreffend, so unterscheidet Bülow (S. 113 ff.) sehr richtig zwischen dem Falle, daß die wichtigere Rechtssache schon anhängig ist, und dem Falle, daß sie erst in Zukunft anhängig gemacht werden soll. In dem ersten Falle, so beweist Bülow [10]) in scharfsinniger und, wie wir glauben, durchaus zuzutreffender Deduction, wurde überhaupt keine in die formula aufzunehmende exceptio gegeben, sondern durch einfaches Decret des Magistrats der minder wichtige mit dem wichtigern Proceß zusammenhängende Rechtsstreit sistirt. „Die Herstellung einer zweckmäßigen Aufeinanderfolge der Processe, die Sorge dafür, daß zwischen zwei bereits anhängigen Processen keine Verwirrung entstehe, sondern einer nach dem andern, je nachdem es am schicklichsten, zum Urtheil verstellt werde, liegt im Interesse der Proceßleitung, welche das Gericht von Amtswegen unabhängig von Anträgen der Parteien aus-

---

9a) L. 54 D. de iud. 5. 1.

10) Vgl. auch schon Buelow De praejudicialibus exceptionibus.

zuüben befugt und verpflichtet ist.“ [11]) Dagegen konnte es zu einer exceptio „ni praeiudicium non fiat“ kommen, wenn der wichtigere, bedingende Rechtsstreit erst in Zukunft angestrengt werden sollte. „Futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt“ (L. 13 D. de exc. 44, 1.). Bülow sucht dabei zugleich nachzuweisen, daß die auf einen erst künftig anzustrengenden Rechtsstreit bezügliche exceptio praeiudicii lediglich in den in den Quellen erwähnten besondern Fällen stattfinde, als welche nach Bülow nur die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat und die exceptio quod praei. praedio non fiat sich herausstellen. [12])

Lassen wir einstweilen es auf sich beruhen, inwieweit diese Meinung den Vorzug verdiene vor der heut zu Tage herrschenden gegen Bülow's frühere Dissertation z. B. im Wesentlichen noch von Wetzell (Civilproc. 2. Aufl. S. 811 ff.) und von Bethmann-Hollweg (Röm. Civilproc. II. S. 401 ff.) festgehaltenen Ansicht, welche die in den Quellen erwähnten Fälle nur als Beispiele und die betreffenden Entscheidungen als Ausflüsse eines umfassendern Princips betrachtet. Es fällt indeß sogleich auf, daß Bülow einen innern Grund, weßhalb in dem einen Falle ein einfaches Decret des Magistrats, in dem andern Falle eine vor den iudex verwiesene exceptio Platz griff, in keiner Weise angibt. Eine unbefangenere Betrachtung dürfte aber sogleich auf den Gesichtspunkt führen, daß in dem ersten Falle der Magistrat über die Existenz oder Nichtexistenz des Präjudicialverhältnisses ohne weitläufige Untersuchung zu urtheilen im Stande war — denn beide Rechtsstreitigkeiten lagen schon vor — im zweiten Falle dagegen, wo auf einen zukünftigen Rechtsstreit Rücksicht genommen werden

11) Bülow S. 119.

12) Die von Cicero (De invent. II. 20 §§. 59. 60) erwähnte exc. quod in reum capitis praeiudicium non fiat ist in der spätern Kaiserzeit nach Bülow's Ausführungen (S. 174 ff.) bereits antiquirt gewesen. Die vorherige Verhandlung der Civilsache vor der Criminalsache galt später überhaupt als unstatthaft, so daß es auf eine Einrede des Beklagten nicht mehr ankam.

sollte, die Entscheidung häufig ohne Beurtheilung streitiger oder zweifelhafter Thatsachen nicht möglich war. Wir finden hier also eine einfache Bestätigung der herrschenden Ansicht über die Geschäftsvertheilung zwischen Magistrat und Judex, ius und iudicium, und wenn wir dieses wiederum im Auge behalten, so erscheint auch die herrschende Ansicht, welche eine analoge Anwendung der exceptio praeiudicii auch außerhalb der durch die Quellen besonders entschiedenen Fälle gestattet, [13]) durchaus nicht so widersinnig, wie freilich Bülow darzulegen unternimmt, wenn wir auch einräumen wollen, daß bei analoger Anwendung jener Entscheidungen große Vorsicht erforderlich ist. „Wollte man," so sagt Bülow (S. 115) „den für zukünftige Processe zu besorgenden praeiudicia in so weiter Ausdehnung entgegentreten, so ließe sich kaum eine einzige Klage ausfindig machen, welche unbehindert stattfinden könnte. Fast alle Klagen enthalten Folgerungen aus allgemeineren, umfassenderen und deßhalb wichtigeren Rechten, die auch an und für sich den Gegenstand eines selbständigen Processes bilden könnten. Jede Klage des römischen Rechts hing z. B. von dem Nachweis [14]) der Freiheit des Klägers ab Es konnte also bei jeder Klage die Gefahr eines praeiudicium für einen möglichen wichtigeren Proceß, den Freiheitsproceß, liberale iudicium auftauchen. Wären nun die Römer in der That bei der Verhütung von praeiudicia im Interesse zukünftiger Processe ebensoweit, wie im Interesse bereits anhängiger gegangen, so hätte jede Klage sistirt werden müssen, sobald nur der Beklagte die Freiheit des Klägers bestritt. . . . Ein recht bequemes Mittel für jeden säumigen Schuldner, den Gläubiger ad Kalendas Graecas zu vertröften. . . . So lange ihm (dem Gläubiger) nicht Jemand den Gefallen erwies, ihn in servitutem zu vindiciren, so lange hätte er mit jeder Klage gegen seine Schuldner, Diebe u. s. w. warten müssen." Das Alles

13) Vgl. namentlich die Formulirung bei Wetzell a. a. O. und z. B Urtheile in Seuffert's Archiv (XIX. Nr. 109). Ohne ein gewisses billiges Ermessen kann man freilich zu verkehrten Resultaten kommen.

14) Richtiger wohl davon, daß der Kläger frei war. Der Nachweis war doch nicht immer erforderlich.

war doch nur zu befürchten, wenn der Prätor und iudex die Chikane von der wirklichen Gefahr eines praeiudicium im einzelnen Falle zu unterscheiden nicht im Stande waren. Wo gar keine factische Wahrscheinlichkeit der baldigen Anstrengung des künftigen Rechtsstreits vorlag, da ertheilte der Prätor die exceptio nicht, und war die exceptio in die formula aufgenommen, so konnte der iudex sie noch nach factischen Erwägungen verwerfen. Der Kläger war also doch wohl ausreichend gesichert gegen eine zu große Laxheit der Anwendung der Grundsätze über das Präjudicium. Widersinnig wird die Sache nur, wenn man Bülow's Ansicht zum Grunde legt, nach welcher der Prätor in Ansehung der Beweisfrage über alle die Constituirung des iudicium betreffenden Thatsachen, aber auch nur über diese entschieden haben soll.

Endlich finden wir auch keine Veranlassung, die exceptio praeiudicii aus dem Gebiete des Processes in das Gebiet des materiellen Rechtes hineinzuverweisen, wie Bülow (S. 200 ff.) verlangt. Es ist das lediglich wieder eine Folge davon, daß Bülow übersieht, wie im klassischen Processe jede dilatorische Einrede durch ihre Aufnahme in die formula zu einer peremtorischen wird, ein Princip, welches bei uns schon in Gemäßheit der bekannten Bestimmung Justinian's nicht mehr gilt. Es sind wesentlich Gründe des Proceßrechts, weßhalb die eine Klage gegen die andere zurückgestellt werden soll. Einerseits sollen den Parteien unnütze Mühen und Kosten erspart und andererseits widersprechende Entscheidungen über dieselben Thatsachen vermieden werden. Eine Regel über die Concurrenz der Klagrechte, wie Bülow (S. 212) will, würden wir nur dann anzuerkennen haben, wenn z. B. Derjenige, der die rei vindicatio anstellt und auf den Weg der hereditatis petitio verwiesen werden müßte, in keinem Falle mehr die rei vindicatio anstellen könnte wegen der Sachen, die er Anfangs mit der rei vindicatio verlangte. Dies aber ist unrichtig. A, der mit der hereditatis petitio drei verschiedene von B besessene Grundstücke fordern könnte, kann, wenn er die Erbschaftsklage angestellt und mit dieser das eine Grundstück erlangt hat, nachher mit der rei vindicatio die beiden andern Grundstücke

erlangen. Dem Kläger, der die exc. ne praeiudicium fiat hereditati zu fürchten hat, steht diese nicht entgegen, weil eben sein Eigenthum mangelhaft war, oder weil sein Eigenthum durch sein Erbrecht beschränkt wurde: das Hinderniß der rei vindicatio ist vielmehr durch eine processualische Handlung zu beseitigen, durch Anstellung der hereditatis petitio, und dieser Umstand muß entscheidend sein. Wäre er es nicht, so müßte z. B. der Umstand, daß Jemand etwa als Ausländer Caution für die Proceßkosten bestellen muß, als ein allgemeiner Grund der Beschränkung oder Suspension des Klagrechts auch im materiellen Rechte vorgetragen werden. Es ist ganz richtig, wie Bülow (S. 231. 233) bemerkt, daß der Proceß nicht mangelhaft oder nichtig ist, wenn dem Kläger eine begründete exceptio praeiudicii entgegengesetzt wird. Aber mangelhaft ist der Anspruch des Klägers (z. B. auf Anerkennung seines Eigenthums) doch auch nicht, und eine dilatorische Einrede liegt vor, welche bei den Römern in den meisten Fällen factisch, da es der Kläger gar nicht zum iudicium kommen lassen wird, bei uns aber auch rechtlich eine definitive Entscheidung verhindert. Insofern kann man allerdings mit Grund von einer Proceßeinrede, einer den Proceß, d. h. den Proceß mit definitiver Entscheidung hindernden Einrede sprechen; nur paßt die Exception nicht zu dem von Bülow aufgestellten Begriffe der Proceßvoraussetzung; denn eine Thatsache, welche die Voraussetzungen der Gültigkeit des Proceßverfahrens beeinträchtigt, ist die exc. praeiudicii freilich so wenig bei uns wie bei den Römern. Aber daß wir nicht von Proceßeinreden, sondern von Proceßvoraussetzungen sprechen sollten, ist ja eben die Hauptsache, welche uns durch die neue Theorie erst bewiesen werden soll. [15])

Wir dürfen uns nun zu den allgemeinen Folgerungen wenden, welche die neue Theorie Bülow's aus den eben dargelegten Detailuntersuchungen zieht.

15) Bülow S. 236—256 führt ganz richtig an, daß der Begriff der translatio, von welcher die römischen Rhetoren sprechen, ein juristisch verwendbarer nicht sei. Indeß bemerkt das doch auch z. B. v. Bethmann-Hollweg II. S. 406 ziemlich ausdrücklich.

Zunächst glaubt nun Bülow eine schon früher aufgestellte Ansicht [16]) über das Princip, nach welchem ius und iudicium sich scheiden, vollständig bewiesen zu haben. Bülow verwirft die Ansicht, welche in dem Verfahren in iure ein Vorverfahren zur Feststellung der Streitpunkte erblickt, ein Vorverfahren, in welchem der Magistrat eine Entscheidung über die Substanziirung der einzelnen Angriffs- und Vertheidigungsmittel abgegeben habe, in welchem er namentlich auch befugt gewesen sei, chicanöse oder offenbar in concreto unbeweisbare Dinge von vorneherein aus den Grenzen des demnächstigen iudicium hinauszuweisen.

Positive Beweise für die Ansicht Bülow's ergeben sich nun dem obigen zufolge aus den Detailuntersuchungen nicht; höchstens dann, wenn man das, was bewiesen werden soll, willkürlich dabei voraussetzt. Im Gegentheil deutet Alles, was wir bis jetzt über die von Bülow untersuchten Gegenstände berichtet haben, mit größter Entschiedenheit auf jene von Bülow bestrittene Aufgabe des Verfahrens in iure hin. Wäre es aber auch richtig, daß z. B. in jedem Falle der Prätor definitiv auch nach Anordnung eines vollständigen Beweisverfahrens z. B über die Competenz entschieden hätte, daß er umgekehrt niemals eine exceptio procuratoria oder cognitoria einfach denegirt oder umgekehrt, weil solche klar begründet war, das iudicium verweigert hätte — und alles dies ist von Bülow noch nicht im mindesten bewiesen — so würde doch immer noch die Ansicht nicht unzulässig sein, daß die Competenzprüfung, die als Präliminarpunkt naturgemäß jedes Verfahren vorweg zu erledigen bemüht ist, ausnahmsweise vollständig dem Magistrat verblieben oder daß die seltenen Fälle, in denen bei einer exceptio procuratoria oder cognitoria ein Beweisverfahren nicht nöthig erschien, und gleichwohl der Kläger seine Klage nicht fallen lassen oder der Beklagte die exceptio nicht aufgeben wollte, vom Prätor absichtlich exceptioneller Weise doch zum iudicium mit Aufnahme der exceptio in die formula verwiesen wurden, da einerseits

16) De praeiud. exc. S. 10 ff.

der hartnäckige Kläger bei begründeter exceptio in dem definitiven Verlust seines Anspruchs im iudicium genugsam bestraft wurde, und andererseits das hartnäckige Aufstellen einer offenbar unbegründeten exceptio procuratoria oder cognitoria den Fortgang des iudicium vor einem verständigen, nach seiner Ueberzeugung urtheilenden iudex gar nicht erheblich aufhielt.

Der einzige scheinbare Beweis, den Bülow vorbringt, ist die Fassung der legis actio und formula. Weil beide immer nur eine allgemein gehaltene stereotype Bezeichnung des eingeklagten Anspruchs aufweisen, so, meint Bülow (S. 288), hätten auch die in iure der Ertheilung der formula vorhergehenden Verhandlungen ein Mehreres nicht enthalten. Dieser Schluß ist, wie ich schon bei einer andern Gelegenheit [17]) geltend gemacht habe, unrichtig. Das Beweisurtheil — und als solches können wir trotz der größten Verschiedenheiten im Einzelnen auch die formula im Allgemeinen bezeichnen — braucht nicht nothwendig die Specialisirung der Vorverhandlung wiederzugeben, wie es das heutige gemeinrechtliche Beweisurtheil freilich thut. Es ist sehr wohl denkbar, daß im Vorverfahren eine eingehendere Prüfung stattfindet, und doch das Beweisurtheil eine allgemeinere Fassung erhält, und im Interesse einer freieren Bewegung das iudicium, zur Vermeidung von Silbenstechereien, zur Geltung wirklich freier richterlicher Beweisprüfung ist dies sogar erforderlich. Der allgemein als vorzüglich anerkannte Code of procedure of the state of New-York §§. 142 ff. 156 ff. 170. 176 (der Ausgabe von 1857) dürfte, ungeachtet der amerikanische Proceß keine speciellen gemeinrechtlichen Beweisinterlocute kennt, die Voreiligkeit jenes Schlusses jedem Leser darthun.

Es kommt aber hierzu das, was uns z. B. Gaius IV. 39 über die auctoritas des Prätors sagt, welche interponirt werde finiendis controversiis, eine Stelle, worauf der Bülow'schen Ansicht gegenüber schon früher mit Recht von Pernice [18])

17) In Hinschius Zeitschr. für Gesetzgebung u. Rechtspflege in Preußen. 1868. S. 214 ff.

18) Münchener Krit. Vierteljahrsschr. V. S. 416.

aufmerksam gemacht ist. Ferner die Stellung, welche der Prätor z. B. einnimmt bei der Eidesdelation. Die juristische Regel „Manifestae turpitudinis est nolle nec iurare, nec iusiurandum delatum referre" ist ursprünglich nichts Anderes, als eine sehr natürliche Beweisregel, und die Fälle, in denen der Prätor bekanntlich ausnahmsweise von der Verpflichtung der Eidesleistung oder Relation entband, weisen sämmtlich auf eine eingehende Erörterung der Thatsachen vor dem Prätor hin; nicht minder die interrogationes in iure und der Umstand, daß wer in iure die Erklärung auf die Klage und die Litiscontestation verweigert, als confessus [19]) angesehen wird. In der That wäre es auch unbegreiflich, wie der Prätor, ohne im Besitze der Gesetzgebungsgewalt zu sein, einen so bedeutenden Einfluß auf die Fortbildung und Umgestaltung des Rechts hätte ausüben können, wenn er, wie Bülow will, ohne Weiteres den Parteien jedes beliebige Klagformular nach ihrem Verlangen hätte bewilligen müssen und etwa die Stellung eines heutigen Gerichtsactuars eingenommen hätte.

Bülow (S. 286) hält der herrschenden Ansicht,[20]) welche die Theilung von ius und iudicium zurückführt auf eine dadurch beabsichtigte Erleichterung der Geschäftslast der Magistrate, den Mangel an Tiefe entgegen. Aus einem so äußerlichen Grunde, meint er, sei die Trennung von ius und iudicium nicht entstanden. Allein häufig nehmen Dinge im Laufe der Geschichte einen andern Charakter an. Bülow weist hier darauf hin, wie verkehrt für einen Gelehrten der fernen Zukunft die Annahme sein würde, daß man in Deutschland in den letzten Jahrzehnten das Geschworenengericht deßhalb eingeführt habe, weil die vom Staate angestellten Richter die Menge der Criminalprocesse nicht mehr hätten bewältigen können. Allein die bewußte Verpflanzung eines fertigen Rechtsinstituts kann dem allmähligen Emporwachsen desselben auf nationalem Boden nicht gleichgestellt werden, und gerade das Geschworenen-

---

19) v. Bethmann-Hollweg Civilproc. II. S. 557.

20) Vgl. insbesondere Krüger Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses S. 13. Anm. 4.

gericht, ursprünglich ein Mittel, die königliche Gewalt durch Einführung eines inquisitorischen Verfahrens in den altgermanischen Proceß zu erweitern und zu befestigen, ist später in England unter veränderten Umständen zu einem Bollwerke der Freiheit, wie man sagt, geworden.[21]) Statt der lebensvollen, der Entwicklung fähigen Verbindung von ius und iudicium gibt uns die neue von Bülow vertretene Ansicht einen zwar anscheinend festen juristischen Begriff, wenn sie dem Magistrate lediglich zuweist die Prüfung der Voraussetzungen des iudicium. Aber diese Theilung des Verfahrens beschränkt den Magistrat auf eine ziemlich klägliche Rolle, bei welcher sein Einfluß auf die Rechtsbildung ein völlig unerklärlicher wird. Er hat mit der Prüfung der Competenz, der Fähigkeit des iudex, der Proceßfähigkeit und Postulationsfähigkeit der Parteien, der Präjudicialeinreden, den Cautionen und allenfalls mit der Frage, ob überhaupt ein Civilrechtsstreit vorliege, genug.[22]) Im Uebrigen versieht er nur den Posten des Vorstandes eines großen Büreaus zur fast mechanischen Anfertigung von Proceßformeln.

Sehen wir nun, welchen Einfluß die Aufhebung der Theilung des Verfahrens in ius und iudicium haben mußte. Zunächst ist klar, daß die eigenthümliche Proceßstrafe gegen den Kläger, nach welcher die in iudicio bewiesene dilatorische Einrede die Wirksamkeit einer peremtorischen erhielt, keinen Sinn mehr hatte und zu einer entschiedenen Unbilligkeit wurde. Wenn kein besonderes Vorverfahren mehr bestand, in welchem eine Prima facie-Cognition dem Kläger klar machen mußte, ob die Einrede des Beklagten begründet sei, so war der defi-

---

21) Außer den bekannten Untersuchungen Biener's und Gneist's dürften hier vorzüglich wichtig sein die neuern Arbeiten Brunner's, dessen „Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit" 1866 den Ursprung der englischen Jury aus der ein königliches Vorrecht bildenden karolingischen inquisitio schon jetzt höchst wahrscheinlich macht. Vgl. auch Brunner, Wort und Form im altfranzösischen Proceß S. 690. Anm. 3. Glanvilla II. c. 7. bemerkt auch, es sei die assisa „regale quoddam beneficium".

22) Bülow S. 290 ff.

nitive Verlust des Rechtes eine reine Willkür. Justinian hatte daher völlig Recht, als er diese Wirkung der exceptio dilatoria aufhob; nur war die Bestimmung, daß der in Folge der exceptio dilatoria abgewiesene Kläger nun die doppelte Zeit warten solle, insofern die Einrede der Klage bestimmte Zeit hindurch entgegenstand, noch ebenfalls ein Rest von Willkür. Bülow (S. 275 ff.) betrachtet es nun als einen fundamentalen Irrthum, wenn nach dieser Bestimmung Justinian's in §. 10 I. de exc. 4, 13 die heutige Praxis und Wissenschaft, statt in dem Falle einer Abweisung des Klägers auf Grund einer dilatorischen Einrede eine Sachentscheidung zu geben, eine „relaxatio ab observatione iudicii“ eintreten lasse, während doch Justinian von einer solchen Entbindung von der Instanz in der erwähnten Stelle gar nicht rede, letztere vielmehr nur in der von dem Contumacialverfahren handelnden L. 13 §. 2 C. de iud. 3, 1 erwähne. Justinian's Bestimmung über die Gewährung der doppelten Frist setze ja gerade ein gültiges und rechtsbeständiges Urtheil voraus.

Allein die herrschende Ansicht geht gar nicht von der Idee aus, der Proceß, in welchem der Kläger auf Grund einer dilatorischen Einrede, z. B. der Einrede der mangelnden Caution für die Proceßkosten, einstweilen abgewiesen und der Beklagte von der Instanz entbunden werde, sei deßhalb in jedem Falle nichtig oder ungültig. Wir haben wenigstens diese Ansicht nirgends bis jetzt gefunden. Der Proceß kann wegen der besondern Natur der einzelnen in Betracht kommenden Einrede, z. B. der Einrede der mangelnden Proceßvollmacht, nichtig sein, aber nöthig ist dies nicht, und es hat wohl noch Niemand es behauptet für den Fall, da der Beklagte von der Instanz entbunden auf Grund der exceptio pacti de non petendo intra tempus. Die herrschende Theorie, indem sie von verzögerlichen Einreden sprach, wollte damit nur anzeigen, daß gewisse Einreden eine definitive Entscheidung über das materielle im Streit befangene Recht verhindern; und warum sollte dieser Sprachgebrauch unzulässig sein? Die Frage, ob und inwieweit durch die Entscheidung eine res iudicata entstehe, hängt hiermit nach der herrschenden Ansicht gar nicht zusammen. Bü-

low will dagegen in der Art allgemein unterscheiden, daß (S. 281. 282) eine „Abweisung angebrachtermaßen" nur einzutreten habe, wo ein Mangel in den Proceßvoraussetzungen vorliege; hier, meint Bülow, entstehe gar keine res iudicata, es sei ein gültiger Proceß gar nicht vorhanden, und folgert dies daraus, daß die Abweisung angebrachtermaßen nicht an die relaxatio ab observatione iudicii, sondern an die denegatio actionis anzuknüpfen sei. Dies aber ist wohl unrichtig, und Praxis und Doctrin vielmehr haben, ohne freilich über die Gründe sich völlig klar zu sein, das Richtige mit gutem Tacte getroffen. Da wir die Theilung des Verfahrens in ius und iudicium nicht haben, so kann auch bei uns von einem der denegatio actionis gleichzustellenden Acte keine Rede sein; erstere ist gar kein Act der eigentlich richterlichen Gewalt, während bei uns schon die Thätigkeit des Richters und das iudicium mit dem Anbringen der Klage beginnt. Ein Urtheil, welches den Kläger zur Zeit oder angebrachtermaßen abweist, weil es an einer Proceßvoraussetzung fehlt, wie man nach Bülow sagen würde, entbehrt keineswegs der formellen Rechtskraft, z. B. kann der auf Grund eines Mangels der Proceßvollmacht Abgewiesene keineswegs von Neuem mit derselben mangelhaften Vollmacht auftreten, und ebensowenig kann es Derjenige, dem etwa die legitima persona standi in iudicio in Bezug auf das streitige Rechtsverhältniß abgesprochen ist, falls er nicht diesem Mangel abhilft. Bei der heutigen Stellung unserer Richter wäre der Mangel der Rechtskraft für solche Entscheidungen wie eine theoretische Inconsequenz, so auch eine praktisch höchst bedenkliche Annahme. In Rom hielt sich der Amtsnachfolger wenn auch nicht dem strengen Recht nach, so doch factisch an die Amtshandlungen seines Vorgängers gebunden, wie dies besonders die Entstehung des edictum tralaticium beweist; bei uns könnten die Streitigkeiten über dergleichen Vorfragen endlos werden, wenn nicht die eintretende Rechtskraft einen Riegel vorschöbe.

Daß aber die Frage, ob die Parteien zur Zeit und vor dem von dem Kläger angerufenen Richter über ein bestimmtes Rechtsverhältniß streiten können, in der Theorie des gemeinen

Civilprocesses als Lehre von den Proceßeinreden aufgefaßt ist, und nicht vielmehr eine besondere Lehre von den Proceßvoraussetzungen aufgestellt ist, wie Bülow verlangt, erklärt sich einfach aus folgender Betrachtung.

Die allgemeine Regel ist doch, daß eine Person, die vor Gericht auftritt, auch dazu befugt ist, daß man ferner über jedes Rechtsverhältniß streiten kann, daß man einen competenten und nicht einen incompetenten Richter angeht, und nicht vor der Zeit klagt. Mängel in dieser Beziehung liegen in den meisten Fällen offenkundig vor, so daß jeder Kläger sich hüten wird, vor Beseitigung derselben aufzutreten. Zu einem Streite darüber wird es also nur dann kommen, wenn zur Entdeckung des Mangels es erst eines besonderen Nachweises bedarf, und da der Richter nicht eine inquisitorische Thätigkeit entwickeln darf, z. B. nicht zu untersuchen hat, ob die von dem Vertreter des Klägers producirte Vollmacht nicht vielleicht von letzterem im Zustande mangelnder Willensfähigkeit unterschrieben sei, so ist es Sache des Beklagten (oder der Gegenpartei) solche besondere Mängel geltend zu machen und zu beweisen, obschon, sobald dieselben offen vorliegen, es einer besonderen Berufung darauf nicht bedarf, der Richter vielmehr sie von Amtswegen beachten muß. Daraus erklärt es sich auch, wie das römische Recht, wenn auch eine wirkliche praescriptio fori in der Formel nicht vorgekommen sein mag, doch, wie Bülow freilich vergeblich zu leugnen sich bemüht, sachlich insofern von einer praescriptio fori redet, als der Beklagte die Incompetenz geltend machen und beweisen muß. Auf diese letzteren Punkte aber kam es der gemeinrechtlichen Praxis allein an, und sie hütete sich, wenn auch im Einzelnen bei der Vertheilung der Beweislast manche Fehler vorgekommen sein mögen, etwa zu behaupten, daß der Beklagte, der auf solche Mängel hinwies, allgemein die Nichtexistenz der betreffenden Voraussetzung der Proceßführung ohne weiteres zu beweisen habe — sonst hätte man ja auch z. B. von der als Parteivertreter auftretenden Person niemals eine Proceßvollmacht verlangen können —, sondern machte die Vertheilung der Beweislast von ganz andern Umständen abhängig: so z. B. lassen die italienischen Proceſ-

sualisten des Mittelalters die Vertheilung der Beweislast nach der affirmativen oder negativen Fassung der exceptio sich bestimmen.[23])

Vom Standpunkte der gemeinrechtlichen Einredentheorie -- die doch Bülow (S. 301), freilich ohne weiteren Beweis, gegenüber einem neuerdings[24]) gemachten Angriffe in Bausch und Bogen, selbst für ein mündliches Verfahren,[25]) für eine werthe Errungenschaft gerade des gemeinen Processes im Gegensatze zu dem römischen Processe erklärt — ist, wie wir glauben, gegen diese Sätze schlechterdings nichts einzuwenden, wie ein Blick auf die Behandlung der s. g. rechtsverhindernden Thatsachen, welche den Stoff peremtorischer Einreden bilden, aufzeigt. Es kann wohl einem Zweifel nicht unterliegen, daß der Richter, ohne die Einrede oder Einwendung des Beklagten abzuwarten, einen Kläger sofort abweisen müßte, der etwa aus einem Contract klagen würde, von welchem er selbst anführte, daß er mit dem handlungsunfähigen Beklagten geschlossen wurde. Dennoch betrachtet die Theorie des gemeinen Processes jeden Beweis der Handlungsunfähigkeit als einen wahren Einredenbeweis. Wenn man also mit Bülow der herrschenden Ansicht als Widersinnigkeit es anrechnen will, daß sie dem Richter zur Pflicht macht, von Amtswegen die Voraussetzungen der Gültigkeit des Verfahrens zu sichern, z. B. die legitima persona standi in iudicio zu prüfen, und doch gleichwohl von Proceßeinreden spricht, so läßt sich ganz derselbe Vorwurf gegen jene von Bülow so hochgehaltene Theorie der materiellen Einreden erheben.

Bülow lenkt denn auch thatsächlich in den Hafen der

---

23) Vgl. darüber Pfeiffer in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß N. F. Bd. 12 S. 171. ff. Vgl. schon Pillius de ord. judic. II §. 2 (Bergmann S. 23).

24) Bar, Recht und Beweis im Civilprocesse S. 104 ff.

25) Denn nur auf dieses, nicht auf den schriftlichen gemeinen Proceß, und auch nur auf die Fassung des Beweisurtheils bezogen sich die von Bülow abgefertigten (?) und augenscheinlich mißverstandenen Bemerkungen. Für das Vorverfahren auf schriftlicher Grundlage würde der gemeinrechtliche Einredebegriff fortzubestehen haben.

von ihm als widersinnig bezeichneten gewöhnlichen Ansicht, freilich ohne es zu bemerken, wieder ein.

Bülow sagt (S. 303. 304): „Die Gültigkeit des Processes ist keine Frage, welche in ihrem ganzen Umfange der Disposition der Parteien überlassen werden darf. . . Eine unsubstanziirte Klage darf nicht eingeleitet, der von einer nichtrichterlichen Behörde, von einem incompetenten, nicht prorogirten Gerichte, der von einer handlungsunfähigen Partei, der mit einem nichtlegitimirten Stellvertreter, der über einen nicht privatrechtlichen Anspruch geführte Proceß ist unter allen Umständen unzulässig. . . . Das Gericht hat nicht abzuwarten, ob der Beklagte jene Mängel rügt. Es hat dieselben zu beachten, gleichviel von welcher Seite sie ihm bekannt werden. Nicht als ob es deshalb zu einem polizeilichen Spürsystem verpflichtet werde. Es hat sich an dasjenige zu halten, was ihm die Parteien vortragen, es hat aber an dieses ihm vorliegende Material aus eigenem Antriebe den Maßstab des Proceßrechts anzulegen und zu prüfen, ob der Kläger den zur Erzeugung des Processes nöthigen Voraussetzungen nachgekommen ist. Nur wenn dies der Fall ist, darf der Richter dem Processe . . . seinen Lauf lassen Das Gericht nimmt also gegenüber dem Proceßverhältniß eine Stellung ein, welche von der Art und Weise, wie es sich gegenüber dem materiellen Streitverhältniß zu benehmen hat, nicht eben sehr verschieden ist.[26]) Der Richter versagt jenem wie diesem die Anerkennung, falls der Kläger nicht die hinlänglichen Anhaltspunkte liefert, um es in seinen charakteristischen Grundzügen als begründet betrachten zu können. Hier wie dort bleibt es dem Beklagten blos überlassen, ausnahmsweise Mängel, welche tiefer unter der Oberfläche verborgen sind, durch rechtzeitigen Einspruch an's Licht zu bringen."

Das ist genau die herrschende, auch unserer Ansicht nach durchaus richtige Theorie, und man sieht nicht ein, wie Bülow (S. 305) hiernach sagen kann, die Theorie der Proceß-

---

26) Warum soll es denn aber keine Proceßeinreden geben, wenn es doch materielle Einreden gibt?

einreden sei nur um den Preis eines lächerlichen (?) Begriffes der Einreden oder den eines Conventionalprocesses [27]) zu erkaufen. Die vorzüglichsten praktischen Resultate, welche Bülow aus seiner Theorie ableiten zu können glaubt, sind aber einerseits eine richtige Vertheilung der Beweislast und andererseits die Anforderung, daß bei der Reform des Proceßrechts im norddeutschen Bunde die Proceßeinreden streng von den materiellen Einreden geschieden werden, eine Ansicht, welche Bülow schon in einer Anmerkung Leonhardt's in der Ausgabe der hannoverschen Civilproceßordnung §. 496 angedeutet findet.

Der erstere Punkt ist aber von der gemeinrechtlichen Praxis und Doctrin — abgesehen von vereinzelten Fehlern, die gegenüber jeder Theorie gemacht werden könnten — niemals von dem Begriffe der Proceßeinrede abhängig gemacht, wie wir bereits bemerkt haben. Die Theorie Bülow's bietet also hier in der That nichts Neues. Bülow hat sich hierin, wie in dem zweiten Punkte, wie uns scheint, durch eine jedenfalls oberflächliche Abhandlung Gesterding's [28]), dann aber durch die seiner Ansicht nach so wichtige und neue an die Spitze der Schrift gestellte Entdeckung leiten lassen, daß der Proceß ein Rechtsverhältniß sei.

Gesterding vermochte es nicht zu begreifen, wie man von Proceßeinreden sprechen könne, wenn doch die Beweislast hier nicht unbedingt den Beklagten treffen sollte, und wie man, falls ein förmliches Beweisverfahren darüber erforderlich wird, dieses mit dem Beweisverfahren über die Hauptsache verbinden und dennoch von dilatorischen Einreden reden könne. Bülow aber schließt im Allgemeinen so: weil der Proceß ein Rechtsverhältniß ist, so muß er auch Voraussetzungen haben, wie jedes andere Rechtsverhältniß, und daher muß es auch

27) Sind denn auch die materiellen Einreden nur um den Preis eines Conventionalrechtes zu heben? Können die Parteien ausmachen, daß ein dolus z. B. in Zukunft nicht berücksichtigt werden soll, und geht nicht gleichwohl die exceptio doli verloren, falls der Beklagte sie nicht vorschützt?

28) Ausbeute von Nachforschungen 2, S. 163 ff.

einen besondern Proceßabschnitt geben — wie etwa in den Lehrbüchern des Privatrechts es einen Paragraphen zu geben pflegt, in welchem von den Voraussetzungen, und einen zweiten, in welchem von den Wirkungen z. B. eines Rechtsgeschäftes gehandelt wird — in welchem lediglich die Voraussetzungen des Processes geprüft werden. Der erste dieser Schlüsse ist richtig, der zweite aber voreilig und deßhalb falsch. Nicht die abstracte Logik allein ist maßgebend, sondern die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs sind mitentscheidend. So könnte es zweckmäßig erscheinen, wenn der Mangel in den Voraussetzungen des Processes nicht klar vorliegt — und Fälle dieser Art allein geben zu Streitigkeiten über die Proceßvoraussetzungen Anlaß —, sondern ein förmliches und längerdauerndes Beweisverfahren darüber erforderlich wird, dieses zugleich mit dem Beweisverfahren über die Hauptsache zu verbinden, auch auf die Gefahr hin, daß letzteres einmal überflüssig werden könnte, zumal wenn etwa, wie die Praxis des gemeinen Processes zeigt, solche Ausstellungen bezüglich der Proceßvoraussetzungen häufig lediglich zum Verschleif der Sache benutzt werden. Der gemeine Proceß ist indeß soweit nicht gegangen, da er eine Prima-facie-Cognition, wie sie das römische Verfahren in iure factisch besaß,[28a]) der förmlichen Beweisführung nicht vorhergehen ließ; er hat vielmehr den s. g. foribeclinatorischen, d. h. allen Einwendungen, durch welche der Fortgang des Processes als unzulässig dargestellt werden soll, noch im jüngsten Reichsabschiede §§. 37. 40 die Wirkung der Befreiung von der eventuellen Litiscontestation zuerkannt und nur gewisse das materielle Rechtsverhältniß betreffende Einwendungen ihnen in die-

28a) Daraus, wie aus dem Umstande, daß die in die Formel einmal aufgenommene dilatorische exceptio die Wirkung einer peremtorischen Einrede erlangte, erklärt sich wohl die so oft besprochene L. 19 C. de probat. 4, 19: „Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod asseverat, oportet". Vgl. darüber Pfeiffer. Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß a. a. O. S. 165. Bülow S. 268 ff. Für den italienisch-canonischen und den gemeinen Proceß war diese Bestimmung freilich rücksichtlich der Proceßeinreden jedenfalls widersinnig.

ser Hinsicht gleichgestellt — jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Beweis derselben sofort durch schleunige Beweismittel angetreten wird. Gegen diese Gleichstellung der s. g proceßhindernden materiellen Einreden mit den Einwendungen gegen das Verfahren selbst erklärt sich in Uebereinstimmung mit der angeführten Bemerkung Leonhardt's, welche freilich nach dem Wortlaute der hannoverschen Proceßordnung ihre Berechtigung haben mag, von einer einseitig logischen abstracten Erwägung ausgehend auch Bülow. Aber wir glauben, daß der gemeine Proceß von Zeit der Glossatoren an mit Recht die Bedürfnisse des praktischen Lebens höher angeschlagen hat, als den Werth abstracter Logik. Uns erscheint es doch als eine Forderung der Billigkeit, daß der Beklagte, der eine peremtorische Einrede (die exc. rei iudicatae, rei transactae, rei finitae) sogleich liquid zu stellen unternimmt, einstweilen mit der ihm oft lästigen und weitläufigen Verhandlung des Anspruchs selbst verschont bleibe: die ganze Lehre von den proceßhindernden Einreden ist eine, wenn richtig gehandhabt, durchaus angemessene Ausnahme des sonst zu starren Eventualprincips.

Im Ganzen wird man daher die Ansicht aussprechen dürfen, daß durch die Angriffe Bülow's die herrschende Lehre in keiner Weise erschüttert ist. Wir sind zwar allerdings der auch schon anderwärts [29]) geäußerten Ueberzeugung, daß der Civilproceß einer den heutigen Bedürfnissen entsprechenden durchgreifenden Reform bedarf, und daß diese Reform noch viel weiter zu gehen habe, als die neuen deutschen Proceßordnungen und Proceßgesetzentwürfe bis jetzt gegangen sind. Allein wir glauben bei Angriffen, welche nicht auf die Schriftlichkeit und die gesetzliche Beweistheorie des gemeinen Civilprocesses gerichtet sind, zur Vorsicht rathen zu müssen. Auf jenen allerdings fehlerhaften und dem heutigen Culturzustande nicht mehr entsprechenden Grundlagen erscheint vielmehr der gemeine Civilproceß als ein im Wesentlichen in sich geschlossener, durchaus harmonischer Bau.

Anders freilich, wenn die Gesetzgebung — und hierzu

29) Vorrede zu Recht und Beweis im Civilprocesse.

waren Doctrin und Praxis selbstverständlich nicht geeignet — sich entschließt, jene Grundlagen durch das Princip der Mündlichkeit und der freien Beweiswürdigung zu ersetzen, und diese Betrachtung führt uns wieder zurück auf zwei oben schon berührte Punkte, auf die Lehre von den Einreden und auf die Eintheilung des Verfahrens in ius und iudicium im römischen Processe.

Was nämlich die römischen Exceptionen betrifft, so erblicken wir den wesentlichen Grund ihrer Ausscheidung gegenüber den die Aufnahme in die formula nicht bedürfenden Vertheidigungsmitteln in dem Verhältniß des prätorischen Rechts zu dem ius civile.[30]) Dazu kommt dann aber, daß neu entstandene Einwendungen, auch die durch ius civile geschaffenen, z. B. die exceptio legis Cinciae, SCi Velleiani, Macedoniani u. s. w., der begrifflichen Tradition gemäß nicht unter die einfache Negation des älteren Civilrechts untergebracht werden konnten, und daß man endlich auch aus praktischen Rücksichten[31]) die einmal entstandene Form der Exceptionen absichtlich benutzte, wo man nach dem Verhältniß der Rechtsquellen — des prätorischen Rechts für den Klaggrund zu dem civilen Rechte für den Aufhebungs- oder Hinderungsgrund des Rechtes — an die Berücksichtigung ipso iure hätte denken können.

Die römische begriffliche Tradition, sowie das Verhältniß des Civilrechts zu dem prätorischen Recht nun kann, wenn wir die Grundlagen des Civilprocesses prüfen und etwa sachgemäß reformiren wollen, nicht entscheidend sein. Auch der gemeine

30) Vgl. namentlich auch Krüger, Zeitschr. für Rechtsgeschichte 1868. S. 249 ff.

31) Ueber mehrere derartigen hier möglichen Rücksichten vgl. Bar, Recht und Beweis S. 108. 109. Sehr richtig bemerkt Schlesinger, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte 1869 S. 227 Anm., daß z. B. die SC. Vellejanum, Macedonianum und einige andere SCa nur Aufforderungen an die Magistrate gewesen seien, das jus honorarium in einer bestimmten Weise zu gestalten. Ganz ohne Absicht wird man namentlich in der Kaiserzeit bei der Auswahl der verschiedenen Formen der Rechtsbildung wohl nicht verfahren sein.

Civilproceß hat diese Dinge, indem er dem Begriff der Einrede eine viel weitere Fassung gab, von Anfang an unbeachtet gelassen und ist vielmehr gestaltet nach den Bedürfnissen, welche das Princip der Schriftlichkeit an die Hand gab. Die Schriftlichkeit schneidet Erläuterungen einmal aufgestellter Behauptungen regelmäßig ab und muß dies sogar thun, wenn nicht das Verfahren ein endloses werden soll. Dies führt von selbst dazu, jeder Behauptung und jedem Läugnen eine starre und möglichst beschränkte Deutung zu geben. So kann im schriftlichen Processe das Abläugnen der Schuld nicht auch, wie im römischen und noch im älteren deutschen Processe freilich der Fall ist, das Getilgthaben der Schuld durch Zahlung bezeichnen. Dies haben Praxis und Doctrin, wenn auch ohne klares Bewußtsein über den inneren Grund, mit richtigem Tacte von jeher herausgefühlt, und selbst im späteren römischen Processe, der ein wahrhaft mündliches Verfahren nicht mehr genannt werden kann, lassen sich Annäherungen an das gemeinrechtliche Princip der Trennung von Einrede und Negation nachweisen.[32]) Man braucht, um dies sich klar zu machen, nur an die Verwirrung zu denken, welche nothwendig im gemeinen schriftlichen Civilprocesse entstehen müßte, wenn z. B. die Einreden der Zahlung, des Verzichts u. s. w. unter die Negationen des Klaggrundes subsumirt würden, und dasselbe Princip auf die Repliken u. s. w. angewendet würde. Umgekehrt aber steht die starre, engbegrenzte Bedeutung der einmal abgegebenen Parteierklärung der freien Bewegung mündlicher Verhandlung entgegen und hindert insbesondere eine dem materiellen Rechte entsprechende Verwerthung des später producirten Beweismaterials nach den Grundsätzen freier Beweiswürdigung. Ist da der anderwärts[33]) gemachte Vorschlag so verkehrt, für die Abfassung eines Beweisurtheils und demgemäß für das Beweisverfahren den gemeinrechtlichen Einredebegriff durch einen andern Begriff zu ersetzen, der eine freiere Bewe-

---

32) Wie dies auch schon von Albrecht, die Exceptionen d. gem. teutschen Civilprocesses S. 76 ff. bemerkt worden ist.

33) Recht und Beweis im Civilprocesse a. a. O.

gung des Beweisverfahrens ermöglicht, ohne gleichwohl völlige Willkür und Planlosigkeit einreißen zu lassen, und dafür in gewissem Umfange die römische formula zum Vorbilde zu nehmen, freilich unter Berücksichtigung einerseits der historischen Zufälligkeiten, wie man sagen darf, welche auch der formula ankleben und welche für uns keine Berechtigung mehr haben, und andererseits gerade unserer praktischen Bedürfnisse?

Die Theilung des Verfahrens aber in ius und iudicium, [34a]) wie solche die herrschende, von Bülow freilich bekämpfte, Ansicht annimmt, entspricht im Principe durchaus einem mündlichen Beweisverfahren. Letzteres verlangt, wenn die sonst unvermeidlichen Terminsverlegungen und Zerstückelungen des Verfahrens vermieden werden sollen, vielmehr eine durch das Wesen der Mündlichkeit geforderte einheitliche Verhandlung statt finden soll, eine vorläufige Sichtung und Prüfung des Streitmaterials, damit einerseits nichts offenbar Ueberflüssiges vorgebracht werde, andererseits aber die Parteien genügend vorbereitet erscheinen, eine Behauptung, die man auch bestätigt finden wird durch einen Blick auf das heutige mündliche Strafverfahren. Diese Theilung des Verfahrens [34]) ist

34 a) Vielleicht hat man übrigens, was die Erörterung der Thatsachen in iure betrifft, oft die Bedürfnisse des einzelnen Falles und die Convenienz der Parteien entscheiden lassen. Man ist vermuthlich bald mehr, bald weniger auf die Substanziirung eingegangen. Bei einem mündlichen Verfahren machen solche Verschiedenheiten bei der Behandlung einzelner Fälle sich gleichsam von selbst, wie z. B. m. E. auch aus der hannoverschen Praxis sich nachweisen ließe (vgl. auch §. 185 der hannoverschen P. O. über die Angabe des Erwerbsgrundes bei dinglichen Klagen.) Eben deßhalb wird man aber vergeblich nach einem stringentenen, allgemeinen Quellenausspruche darüber suchen.

34) Dieselbe zeigt sich ganz besonders deutlich bei den exce. SCi. Macedoniani und SCi. Velleiani. Die actio wird denegirt vom Prätor, wenn es eines Beweisverfahrens darüber, daß ein Gelddarlehn, eine Bürgschaft vorliegt, nicht bedarf; die exceptio wird gegeben, wenn jene Umstände, z. B. bei einer s. g. verschleierten Bürgschaft, nicht sofort klar sind. Vgl. z. B. L. 7 §§. 6. 7 D. de SCo. Maced. 14, 6 und Albrecht a. a. O. S. 18. Daraus ergibt sich auch die Beweispflicht des Beklagten, wenn es zu einer wirklichen exceptio kam.

also eine jedenfalls tiefer durchdachte, als diejenige nach einem abstracten logischen Begriffe, welche Bülow ihr substituiren will.

Die Proceßeinreden erfreuen sich in der Praxis keiner besonderen Begünstigung. Man weiß sehr wohl, daß, wenn sie nicht sofort liquid sind, sie nicht selten nur zum Verschleif des Processes, besonders von säumigen Schuldnern, benutzt werden. Nach der Ansicht Bülow's würden sie dagegen eine ganz besondere Auszeichnung zu genießen haben: sie würden consequent in jedem Falle einen besonderen Proceßabschnitt und ein besonderes Beweisverfahren zugewiesen erhalten müssen, eine Consequenz, die freilich bei dem durchaus berechtigten Streben der heutigen Gesetzgebung, eine möglichst einheitliche Proceßverhandlung zu bewirken und dadurch die Processe abzukürzen, vielleicht wenig Aussicht auf Verwirklichung haben dürfte.

Auch der hergebrachte Name Proceßeinreden [35]) scheint uns gar nicht so unpassend, wie Bülow meint, sobald man den gemeinrechtlichen Begriff von Einrede festhält. Es würde ja sonst z. B. von einer Einrede der Handlungsunfähigkeit bezüglich eines Contractes nicht gesprochen werden dürfen — weil die offen vorliegende Handlungsunfähigkeit doch auch von Amtswegen berücksichtigt werden müßte, — während die neue Bezeichnung „Proceßvoraussetzungen" leicht zu Mißverständnissen und insbesondere zu einem von Bülow selbst nicht gewollten wahrhaft inquisitorischen Verfahren Anlaß geben könnte. [36]) Verzögerliche, dilatorische sind die hierhergehörigen Einreden aber

35) Vgl. auch §. 243 des Entwurfs der frühern Civilproceß-Commission zu Hannover zweiter Lesung, wo von „proceßhindernden" Einreden die Rede ist.

36) Bülow, S. 15, findet es widersinnig, von Proceßeinreden zu reden, die der Kläger dem Beklagten opponire, z. B. von der exc. deficientis legitimationis ad processum passivae. Indeß der Kläger will allerdings den Proceß, welchen ihm diese für den Beklagten auftretende Person aufdrängen will, verhindern und dafür z. B. gegen den wahren Beklagten in contumaciam verfahren.

auch,[37]) insofern sie die wirkliche Entscheidung der Hauptsache aufschieben, und darauf kommt es allein an. Obwohl die auf das materielle Recht gestützten dilatorischen Einreden freilich einen andern Zweck haben, so ist doch der Erfolg beider Arten von Einreden in jener Beziehung derselbe.

Juni 1869.[38])

37) Auch dagegen polemisirt Bülow S. 283 ff. Hatte aber vielleicht auch die von Gaius als dilatorisch bezeichnete exc. litis dividuae z. B. lediglich den Zweck, dem Schuldner eine Frist zu gewähren, wenn gleich dieser Erfolg auch dadurch bewirkt wurde?

38) Die Recension der Bülow'schen Schrift von Schlesinger (Göttinger gelehrte Anzeigen. Stück 23. 1869. S. 881—905) ist mir leider erst nach Vollendung des vorstehenden Aufsatzes zugegangen. Soweit sie die Bülow'schen Resultate nach denselben Richtungen prüft, kommt sie, wie es mir scheint, in den meisten Punkten überein mit dem hier Dargelegten, wenn auch theilweise auf einem andern Wege. Nur will Schlesinger (S. 897) die exc. praeiudicii in Gemäßheit der Ausführungen Bülow's dem materiellen Rechte zuweisen und nimmt gleichfalls an, daß diese exc. nur in den speciell hervorgehobenen Fällen Platz griff. Daß es sich dabei immer um eine Klagenconcurrenz gehandelt habe, ist freilich auch Schlesinger's Meinung nicht. Dagegen spricht, wie Schlesinger hervorhebt, ausdrücklich die L. 17 D. de exc. 44, 1.